

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Préface

Thunis, Xavier

*Published in:*

Transferts électroniques de fonds

*Publication date:*

2001

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Thunis, X 2001, Préface. Dans *Transferts électroniques de fonds: les paiements par WAP*. Cahier AEDBF, Bruylant, Bruxelles, p. 9-12.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **PRÉFACE**

**PAR**

**Xavier THUNIS**

**CHARGÉ DE COURS AUX F.U.N.D.P — NAMUR**

**CHARGÉ DE COURS INVITÉ A L'U.C.L.**

Lors d'une journée d'études consacrée aux garanties à première demande (1), journée qui associait pour la première fois l'AEDBF et la Faculté de droit de Namur, René Robaye, doyen de la Faculté, soulignait l'actualité de la tradition juridique romaine. Si j'étais romaniste, je pourrais, dans la même veine, expliquer qu'il n'y a guère de différence entre un sac de sesterces et une carte préchargée puisqu'en définitive le déchargement d'unités de valeur sert à effectuer un acte juridiquement identique : un paiement. Après avoir ainsi rendu un vibrant hommage au droit romain, j'inviterais le lecteur à méditer le sage précepte du philosophe Alain : « Je conseille une monnaie de plomb et une existence rustique » (2).

Seulement, notre existence n'a plus rien de rustique. Elle est moins rythmée par le cours lent des saisons que par le temps dit « réel ». Il est significatif que ce temps réel soit un temps de l'instantané, un temps de l'immédiat. La monnaie en porte trace. Réalité économique et juridique, la monnaie est un langage social qui exprime, de façon parfois très complexe, la manière dont une société se développe et règle ses échanges (3).

L'histoire des formes monétaires est faite de continuités et de ruptures. Elles ne se situent pas toujours où l'on croit. L'argent n'a pas d'odeur dit-on. Mais hormis l'époque où les paiements se faisaient en têtes de bétail, en a-t-il jamais eu ? Très vite, la monnaie a été abstraite, détachée, dans une certaine mesure, des vicissitudes des opérations commerciales qui en justifient l'émission, détachée aussi de la valeur intrinsèque du support (métal ou papier) qui la rend visible et dont la remise aboutit à l'extinction de l'obligation.

Les développements électroniques en cours ne font que mettre en évidence et exacerber la nature fondamentalement immatérielle et abstraite de la monnaie (4). Celle-ci est bien antérieure à l'auto-

(1) *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 7 et s.

(2) *Propos*, La Pléiade, t. I, p. 1205.

(3) U. MULDER et N. DINCUBADAK, *La monétique*, Paris, éd. La Découverte, 1987, pp. 7 et s.

(4) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1992.

matiation des paiements et s'est affirmée pleinement avec l'émergence d'une réalité un peu mystérieuse, à la fois économique, comptable et juridique : le compte bancaire. Tout le débat sur la monnaie dite électronique pose la question de savoir si celle-ci est une monnaie scripturale gérée électroniquement ou si une nouvelle rupture est en train de se produire, avec l'avènement d'une forme monétaire qui aurait conquis son indépendance par rapport à la monnaie scripturale et donc par rapport au compte bancaire.

« Clic! C'est payé! » disait une publicité vantant la facilité d'utilisation des cartes de paiement. L'histoire récente des paiements scripturaux peut être vue comme une tentative pour réduire le délai entre l'émission de l'ordre et son exécution par le système bancaire et retrouver ainsi une instantanéité comparable à celle d'un paiement en espèces. Ceci m'amène à évoquer quelques concepts qui, à n'en pas douter, marquent l'évolution des systèmes monétaires contemporains et traversent l'ouvrage que j'ai le plaisir de préfacier.

L'efficacité tout d'abord. Un système efficace est celui qui parvient à respecter les délais d'exécution de l'ordre fixés par la clientèle et, de façon plus générale, au niveau national ou international, à réduire le délai entre l'émission de l'ordre de transfert et son exécution par le système bancaire. Efficacité signifie aussi que cette rapidité accrue se fait à des conditions de coût acceptables pour les banquiers et pour la clientèle. Ces deux aspects sont présents dans la directive européenne du 27 janvier 1997 sur les virements transfrontières.

La transparence est aussi un concept essentiel. Il y a une transparence souhaitée par les clients, celle qui porte sur le coût de l'opération de paiement et sur sa répartition entre les différents agents de la chaîne de paiement. Il y a une transparence refusée par les clients, celle qui permettrait de s'emparer de toutes les données produites par l'opération de paiement elle-même, à des fins commerciales ou, plus insidieusement, à des fins idéologiques. Paradoxalement, c'est précisément au moment où la monnaie se fait invisible qu'elle laisse le plus de traces, compromettantes ou non, sur ceux qui en sont les utilisateurs.

Enfin, il y a la sécurité. La sécurité, concept migrateur et polysémique, est au cœur de notre sujet et comporte de multiples

dimensions (5). Une dimension technique et c'est la sécurité informatique. Un système sûr, pour les informaticiens, est un système qui respecte l'intégrité des données qu'il reçoit, les traite de façon cohérente, les protège et les défend contre les risques liés à la fraude et à l'intrusion de tiers non autorisés. Un système sûr est aussi un système disponible qui possède la capacité de traiter les demandes dans un délai raisonnable et qui, en cas de panne, peut limiter les effets de celle-ci et reprendre les opérations en cours de traitement dans un délai raisonnable et sans perte de données.

Concept technique, la sécurité est une préoccupation majeure du secteur bancaire qui s'est toujours efforcé de prévenir les incidents de paiement (fraude, retard, etc.) ou d'en limiter les conséquences. À un niveau plus global, la sécurité bancaire et monétaire vise l'ensemble des mesures prises pour préserver la stabilité du système de paiement face aux risques dits systémiques que la défaillance d'un de leurs membres fait courir aux grands réseaux de compensation.

La sécurité est un concept éminemment juridique et assez ambigu. Peut-on même qualifier de concept un principe inhérent au système juridique, une sorte de qualité intrinsèque sans laquelle il ne mérite pas le qualificatif de juridique? (6) La sécurité juridique cristallise beaucoup de choses qui, à l'analyse, ne sont pas nécessairement compatibles. Elle évoque la stabilité, celle des conventions et des normes qui leur sont applicables. Elle requiert corrélativement la prévisibilité des solutions applicables à une situation juridique, prévisibilité difficile à organiser dans les paiements internationaux à cause de la multiplicité des acteurs régis par des droits différents et de la dématérialisation de l'opération de paiement.

En droit privé, la sécurité a un sens supplémentaire : la protection de l'intégrité. La sécurité est un concept clé de la directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Elle vise la protection de l'intégrité physique et des biens de l'utilisateur d'un produit défectueux. Les récentes initiatives européennes en matière de paiements me paraissent

(5) Pour plus de détails, v. notre ouvrage *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, P.U. Namur, 1996, pp. 31 et s.

(6) P. MARTENS, « Synthèse » in *La sécurité juridique*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 257 et s.

*faire émerger un nouveau concept : la sécurité financière qui vise la protection de l'intégrité patrimoniale de l'utilisateur contre les incidents (erreurs, fraudes, etc...) liés à l'utilisation d'instruments de paiement.*

*Les exigences, les contraintes qu'impose la sécurité entendue dans ce dernier sens ne vont pas nécessairement de pair avec le respect inconditionnel de la sécurité juridique au sens traditionnel du terme, celle que garantit le principe de la convention-loi. Les limites de plus en plus strictes aux clauses exonératoires et limitatives de responsabilités prévues dans les conventions organisant l'émission et l'exécution des ordres en sont une illustration frappante.*

*Il est de bon ton de se lamenter aujourd'hui sur le retard du droit par rapport à la technique. Si des adaptations sont nécessaires, il ne faut pas pour autant en appeler à la révolution juridique. Dernière variante des transferts électroniques de fonds, les paiements par WAP examinés dans ce volume montrent que nombre de concepts traditionnels du droit civil ou du droit international privé restent pertinents dans des secteurs de pointe, à condition qu'on prenne le temps d'y réfléchir. Sans toujours prendre le temps, le législateur national et européen multiplie les interventions. Des doutes surgissent parfois non seulement sur la norme applicable et sur sa portée mais aussi sur sa force obligatoire, la matière des paiements étant propice, semble-t-il, aux recommandations. Le droit ne doit pas garder le silence mais il doit éviter de se faire trop bavard, sous peine de créer la confusion et l'insécurité que toute l'évolution des paiements tente précisément de conjurer.*